

ALEGACION JVRIDICA.

EN DEFENSA DE DOñA MARIA LAURA DE CASTRO, Muger, que fué de D. Gaſpar Garcia de Caſtro, en el Pleyto, que ha movido D. Euſebio Ladron de Guevara, como Marido de Doña Maria Nicolaſa de Cabrera, ſobre la ſucceſsion del Vinculo, que mandò fundar el dicho D. Gaſpar.

PRETENDE

SE CONFIRME EL AUTO DE VISTA DE LA SALA; por el que ſe confirmó el de el Alcalde, por el que ſe deſpreciò la pretenſion del D. Euſebio.

Ne scribam vanum, duc pia Virgo manum.

1. NOTABLEMENTE ENCONTRADO se halla en este Pleito Don Eusebio Ladron con la disposicion de derecho. Disponga el Testador, y lo que dispusiere, serà ley. Esto es lo que dice el derecho: *Disponat Testator, & erit lex ejus voluntas*, text. in authent. de nuptiis, cap. 1. Disponga en su ultima voluntad Don Gaspar de Castro, y no todo lo que dispusiere serà ley; ni se deberà observar. Esto es lo que dice D. Eusebrio Ladron; con que entra en su defensa oponiendose à la ley, que es la voluntad del Testador. No ignoro, que esta no es amplia, y absoluta en todos casos, porque tambien dice el derecho, que los Testadores no pueden hacer, que las leyes no tengan lugar en sus Testametos, ni pueden disponer contra ellas. *Text. in leg. nemo potest 55. ff. de leg. 1.*

2. Pero en què caso nos hallamos? *Hoc opus, hic labor est.* Don Eusebio, como Marido de Doña Maria Nicolasa de Cabrera, sobrina del D. Gaspar, quiere, que su muger se aya de entender llamada al Vinculo fundado por su Tio, ò à lo menos el hijo, que ya tiene de su Matrimonio; pero Doña Maria Laura de Castro, Viuda del Don Gaspar, usufructuaria, y Confundadora, solicita, que su sobrina no tenga llamamiento, y por consiguiente, que ni ella, ni su hijo puedan succeder en el Vinculo despues de los dias de su vida, mediante la contravencion â la voluntad del Testador.

3. La decision de esta controversia ha de provenir del hecho, y del derecho. En el hecho ay Memorial Ajustado por el Relator, por lo que se excusa su prolixa exposicion, aunque no podràn excusarse algunos passages indispensables para formar los discursos. El derecho le ha de manifestar, examinando las defensas, que se han hecho por las Partes, por lo que se dividirà esta Alegacion en tres puntos. El primero, sobre lo que dispuso Don Gaspar de Castro. El segundo, sobre si lo que dispuso, pudo disponerlo. Y el tercero, sobre si excluida Doña Maria Nicolasa, lo estarà tambien su descendencia.

PVNTO PRIMERO.

SOBRE LO QUE DISPUSO D. GASPAR DE CASTRO.

4. OTorgò Poder para testar juntamente con su Muger Doña Maria Laura en 21. de Julio de 1764. para que el que superviviesse otorgàra el Testamento por el otro, mediante tener conferidas, y comunicadas entre sì las cosas, advertencias, clausulas, y declaraciones, que havia de contener, y que lo que declaràra, y dispusiera, havia de tener la misma validacion, que si se expressara en el mismo Poder.

5. Declararon, que constante el Matrimonio, se havian adquirido, y comprado diferentes fincas, cuyo usufructo havia de gozar el superviviente por los dias de su vida: que para despues de ella fundaban un Vinculo, y Mayorazgo de todas ellas, en favor de las personas, lineas, y descendencias, que se tenian comunicado, y se havian de expressar en la Escritura de Fundacion, que se havia de hacer, y con las condiciones, gravamenes, requisitos, y circunstancias, que se havian de poner à su arbitrio, y voluntad, sin que ninguno de los llamados pudiera oponerse. Y se instruyeron por herederos reciprocamente, por no tener ascendientes, ni descendientes, y baxo de ésta disposicion muriò el D. Gaspar à los quatro dias.

6. Hasta aqui no tenemos mas, que una voluntad confusa, y que nos dexaba en la duda de quales havian de ser los llamamientos, y su orden, y los gravamenes, y circunstancias, que havian de contener; pero esto lo explicó luego la Commissaria Doña Maria Laura, otorgando el Testamento en virtud del Poder en 14. de Julio de 1765. llamando á diferentes sobrinos del D. Gaspar, y à sus descendientes; y para despues hizo otros llamamientos, que no son del caso; pero ninguno fué en la Doña Maria Nicolasa: y à todos les puso el gravamen, de que llegando à casarse, havia de ser con aprobacion de la Doña Maria Laura, siendo viva, y de sus Padres, ò del que de ellos viviera; y en su defecto, de su Tutor, ó persona á cuyo cargo estuvieran, y que de lo contrario perdieran la succesion del Vinculo.

7. Ya

7. Ya con esto parece, que nada havia que hacer, pues ya teniamos, que la Doña Maria Nicolasa no podia pretender la succession, mediante no haver sido llamada, por lo que se le podia decir, *de te non loquitur scriptura*, *ex text. in leg. ad probationem, C. de probation.* pero empeñandose Don Eusebio en querer sacarle à su muger llamamiento, pidió, que Doña Maria Laura declarara con juramento, si D. Gaspar le havia comunicado, que llamasse en primer lugar à su sobrina, ò si le previno, que no la llamasse, ò si nada se habló de la susodicha? Y con efecto declaró la Comissaria lo que, aunque se halla especificado en el Memorial fol. 11. es preciso repetir, porque es el cimiento de todo el edificio, y el preliminar indispensable para todos los discursos.

8. Dixo assi: *Que entre las especies, que se comunicaron la que declaraba, y su marido, fue una la de llamar al goze del Vinculo, que se havia de fundar por los dos, á su sobrina Doña Maria Nicolasa, á quien havian criado, y tenido en su casa hasta que se casó; pero el citado llamamiento havia de ser con la precisa calidad de que casandose la referida Doña Maria Nicolasa, havia de ser á gusto, y con aprobacion de la que declaraba, y su marido, ó el que sobreviviera de los dos, expressando, y previniendo ambos por sospechas, y antecedentes que tenian, que havia de quedar excluida del goze, y llamamiento al citado Vinculo la dicha su sobrina siempre que esta casasse con Don Eusebio Ladron de Guevara, por no ser del gusto de ninguno de los dos, lo que sabia mui bien la Doña Maria Nicolasa, por haverselo manifestado varias veces la que declaraba; y por ultimo claramente se lo dixo estando depositada para casarse, en varios papeles, que le escribió en el assumpto, previniendole se perdia, si hacia el casamiento, que intentaba, pues en tal caso quedaria excluida del Vinculo, y no tomaria cosa alguna de la que declaraba, ni de su marido, quien varias veces se lo dió á entender á la Doña Maria Nicolasa; mediante lo qual, y estando el susodicho rezeloso de la voluntad de su sobrina con respecto al casamiento de Don Eusebio, no quiso nombrarla en el Poder, dexando esto á la disposicion de la que declaraba, para que segun se portasse despues de la muerte de su marido, llegando este caso, la llamara, ó no, con arreglo á lo que tenian comunicado.*

9. Mu-

9. Murió Don Gaſpar, y la Doña Maria Nicolaſa contraviniendo á ſu voluntad, hizo el caſamiento con Don Euſebio, y por eſto otorgando deſpues la Comiſſaria el Teſtamento de ſu marido, no llamò á la ſuccesſion del Vinculo à ſu ſobrina, pues ſe le havia comunicado, *que ſegun ſe portaſſe, la llamara, ò no*, que fue lo miſmo que decir, que ſi abſolutamente abondonara aquel caſamiento, ó ſe caſara con otro con aprobacion de ſu Tia, entonces la llamara; pero ſi ſe caſaba con Don Euſebio, entonces no la llamara: y aſsi podrá el ſuſodicho deponer la extrañeza, que le ha cauſado, que no ſe hiciera mencion de la Doña Maria Nicolaſa en todo el Teſtamento.

10. Nos queda ahora que inveſtigar, ſi á eſta declaracion de la Comiſſaria ſe le deba dár entera fee, y credito, de modo, que lo que ella dixo, que le havia comunicado ſu marido, ſe deba creer del miſmo modo, que ſi el Teſtador lo expreſſara en el Poder? Aſsi lo dixo el Don Gaſpar en el miſmo Poder; pero quando no lo huviera dicho, debia ſer lo miſmo. Tocaron eſte punto muchos Autores, y convienen en que el Comiſſario debe ſer creido en aquello que dice haverle comunicado el Teſtador, ſin neceſsitarſe de mas prueba, que la de aſſegurar, qué tal coſa fue la que le comunicó. Es texto capital de la materia la Ley Theopompus, ff. de dote præleg. y con èl D. Salgad. de retent. part. 2. cap. 2. num. 5. & 6. Spino de Teſtam. gloſſ. 5. num. 18. Card. de Luca de Fideicom. diſc. 182. D. Vela Deſert. 38. num. 73. Carpio de execut. lib. 2. cap. 5. num. 15. Azeved. in leg. 6. tit. 4. lib. 5. Recop. num. 22. D. Caſtillo, Controv. lib. 5. cap. 182. quien cita otros muchos.

11. Y ademàs de ellos, ſiguen uniformente la miſma concluſion Urſaya diſcept. tom. 1. part. 1. diſcept. 15. n. 83. & tom. 4. part. 2. diſcept. 27. num. 14. Roberto rer. judicat. lib. 1. cap. 3. D. Roxas Almanza de incomp. diſp. 2. quæſt. 2. cum dict. leg. Theopompus, num. 3. ibi: *Ex hoc textu inferunt unanimiter Authores noſtri, quod in quacumque materia, & quotieſcumque teſtator ſimilem poſuerit clauſulam, qua dicat, eum communicatam habere ſuam voluntatem cum aliquo amico, aut conſanguineo, ac jubeat, quod ipſe declaret*

vo-

voluntatem ipsius testantis, valet, & tenet omne, quod iste talis amicus, aut Commissarius declaraverit, omninoque credendus est.

12. Y no podia dexar de ser assi; porque sino se huviera de creer lo que declara el Commissario haverle comunicado el difunto, serian inutiles tales comunicaciones, y huvieran sido excusadas las Leyes, que hablan de los Commissarios, pues entonces sería menester, que el Testador todo lo dixera por su boca, y se podian desterrar del Mundo los Poderes para testar, quando todo lo dexaba declarado el Testador, mayormente quando no se le puede decir al Commissario, que justifique la certeza de aquella comunicacion, porque siendo esta secreta entre los dos, sería pedirle un impossible.

13. Mas: quando el Testador dexa un Commissario, à quien dice tener comunicada su voluntad, dandole facultad para que la declare, hace de él una total confianza; pues si la hace el Testador, por què no la han de hacer los demàs? Si el Testador contemplára, que à el Commissario no se le havia de creer, ó se le havia de poner duda en lo que dixera, no dexaria su disposicion con esta incertidumbre, ni expuesta à que la comunicacion quedara vana. Lo mismo es declarar una cosa en fuerza del poder el Comissario, que si el mismo Testador la dixera. Ursaya *dict. discep. 15. num. 84. cum aliis.* Y se llama Commissario, porque à su feé se comete lo que ha de declarar, por lo que concluye D. Roxas Almanza, num. 10. Ibi: *Debet dici, & vocari Commissarius ille cui Testator in secreto voluntatem suam communicavit circa formam, & qualitatem Majoratus, cujus peritiæ, & industriæ Commissum fuit ad longum extendere institutionis Majoratus scripturam, cum omnibus substitutionibus, gravaminibus, & conditionibus, quibus successores onerandi erant.*

§. I.

14. LO que tiene alguna disputa es, que si el Commissario para que se le crea, será preciso que lo jure? Aunque algunos con la citada ley *Theopompus* (porque alli huvo juramento) dixeron que era necessario; otros

fueron

fueron de contrario sentir, inter quos D. Roxas de Almanza ubi supra, haciendo la reflexion mui oportuna de que siendo tantas las leyes del Reyno, que hablan de los Comissarios, y de lo que puedan, ó no puedan hacer, en ninguna de ellas se previene la circunstancia del juramento; y esto lo vemos practico todos los dias en los muchos Testamentos que hacen los Comissarios en virtud de los Poderes, declarando las comunicaciones sin juramento. Pero en el Pleyto nos hallamos fuera de esta question, porque Doña Maria Laura ha declarado con juramento lo que le dexó comunicado su Marido, ó lo que entre los dos se havian comunicado.

15. No obstante esto, se podrà decir, que la dicha declaracion no hace plena prueba, porque aqui la Comissaria es solo un testigo, y asi solo hara semiplena probanza, especialmente en perjuicio de tercero. Esta es otra question tocada por los Authores, sobre si la persona à quien el Testador le comunicó su voluntad para que la declarara, deba decirse Commissario, ó testigo? Que sea propriamente Commissario, se prueba con las Leyes del Reyno, que no le dàn otro nombre, y asi està recibido en la practica, y lo defiende entre otros D. Roxas Almanz. *ubi supra*, à num. 8.

16. Pero no me detengo mas en esto, porque aunque sea, ó se le llame testigo, es tan privilegiado, ô de tal calidad, que aunque sea unico, se le debe dàr entera fee, pues esta la tiene aprobada por el Testador. Card. de Luca *dict. disc.* 181. hablando del Commissario, num. 7. Ibi: *Ut gerat personam testis, cui licet unico, ob ejus fidem á Testatore probatam, ad perfectam, & concludentem probationem deferendum est.* Et disc. 183. num. 13. Ibi: *Sed solum dicitur gerere personam testis, ita qualificati, quod sibi, licet unico, ob ejus fidem á Testatore probatam, plene deferatur.* Con que llamese Commissario, ó llamese testigo, tiene la prerrogativa de que sola su declaracion haga prueba, y asi vendrá à ser la question no mas que en el nombre.

17. Podrà decir Don Eusebio, que esta disposicion de derecho está expuesta à muchos fraudes, y para ello recordarà la Ley 31. de Toro, que dice: *Y los tales Commissarios hacen muchos fraudes, y engaños con los tales Poderes, extendiendose*

dose à mas de la voluntad de aquellos que se los dán. Pero qué sacamos de esto? La proposicion de la ley es general, fundada en lo que solia suceder; pero no se infiere de ella, que todo Commissario execute lo mismo, y assi para concretar aquella generalidad al caso presente, era menester probar, que en él ha havido tal fraude; pues de otra forma probaria tanto el argumento, que nada probaria, pues seria menester no hacer caso de ninguna declaracion de los Commissarios.

18. Mas: la ley, que previnó aquel inconveniente, como tratò de remediarlo? Acaso quitando, y arrancando de raiz la facultad de las secretas comunicaciones? Acaso mandando, que no se diera credito à lo que dixeran los Commissarios absolutamente, como no estuviesse explicado en el Poder? Nada menos. La ley se contentò con que no hablara el Testador por el organo del Commissario, sino por sì mismo, en ciertas, y determinadas cosas, como fueron la institucion de heredero, mejora de tercio, ò quinto, exheredacion de descendientes, substitucion, y nombramiento de Tutor. Esto solo se mandò sin extenderlo à otras cosas mas que las nominadas: con que no hallandonos en ninguno de estos casos, no nos obsta aquella disposicion; mayormente quando el fraude no se presume, sino se prueba. Text. in leg. merito, ff. pro socio. D. Castill. de alim. cap. 55. num. 13.

19. No por esto procuramos ampliar inconsideradamente las facultades de los Comissarios. Para ello tienen sus reglas premeditadas los Autores; esto es, q̃ conste del Comunicato, y que sea verosimil, y no repugnante la declaracion del Comissario; pero todo esto lo hallamos aqui tan puntual, que no solo ay lo que basta, sino lo que sobra.

§. II.

20. EL primer requisito de que conste del Comunicato, resulta claramente del Poder para testar otorgado por marido, y muger, en que expressaron tener conferidas, y comunicadas con toda distincion, y claridad las cosas que havia de contener el Testamen-

mento, disponiendolo el que supervíviera con las claúsulas, y declaraciones, y segun se tenian comunicado. Este es el modo (y no puede haver otro mas expresivo, ni mas claro) con que se explica en todos los Poderes la comunicacion; porque el especificar por menor las cosas comunicadas, serìa, ó hacer la comunicacion inutil, quando el mismo Testador la manifestaba, y ser tambien inutil la nominacion de Comissario, ó que la comunicacion no fuera secreta.

21. Quedò Don Gaspar tan satisfecho con dicha comunicacion, que como depone un Religioso Presbytero, quarto testigo de la probanza de Doña Maria Laura, haviendose hallado presente, quando se otorgò el Poder, le dixo â el Testador, que aclarara mas su voluntad sobre la fundacion del Vinculo, y que le respondió, que nada mas decia, pues ya tenia comunicado con su muger todo lo que se havia de executar.

22. En el Poder se expresó la fundacion del Vinculo, y que este se havia de hacer en favor de las personas, y lineas, que se tenian comunicado, y se havian de contener en la Escriptura, y con las condiciones, gravamenes, y circunstancias, que en ella se havian de poner, y de que estaban advertidos: con que no puede estár mas literal la comunicacion. Y en siendo esta de tal classe, diciendo el Testador tener comunicada, y manifestada su voluntad al Comissario para la fundacion de un Mayorazgo, dandole facultad para que la dispusiera en el modo, y forma contenida en la comunicacion, puede el Comissario poner requisitos, y gravamenes, aunque sean tan especiales como es el de la incompatibilidad, toda la vez que el Comissario diga, que assi se lo comunicò el Testador. D. Roxas Almanza dict. quæst. 2. num. 1.

23. Debe ser la declaracion del Comissario verosimil, y que no se le conozca repugnancia à la voluntad del Testador; y aunque la repugnancia, ò inverosimilitud le tocaria probarla á el que la alega, se hallan aqui las mas relevantes circunstancias, que persuaden el arreglo con que precedió la Comissaria.

24. Esto se persuade, atendiendo à la integridad, arre-

arreglada conducta, y delicada conciencia de Doña Maria Laura, como lo contestaron los testigos de su probanza, por lo qual, y por otras razones, que exponen, dixeron persuadirse á que no faltaria en un punto, ni se excederia de lo que su marido le comunicò. Esta circunstancia es tàn recomendable, que aun por sì sola es capaz de desvanecer qualquiera contraria sospecha.

25. Pruebase esto con el caso executoriado, que trae Roberto rer. judicat. lib. 1. cap. 3. que fue asi. Titio otorgò su Testamento, y mandó, que sus hijos del primero matrimonio le dieran à Mevio 3U. aureos, para que los distribuyera en lo que le tenia comunicado. Los hijos despues de muerto su Padre, repugnaron esto, diciendo, que podia haver en ello fraude, porque su Padre havia contraido segundas nupcias con Seya, à la qual nada podia legarle, segun ley municipal, y asi era verosimil, que movido de sus influxos, tomasse aquel pretexto de la comunicacion para interesar à la muger en aquella cantidad en fraude de la ley. El Comissario negò, que fuesse para esto la comunicacion, pero sin manifestar para lo que era, por el secreto, que se le havia encargado. Esforzaron ambas partes sus defensas, y por Executoria se mandó, que los herederos entregaran al Comissario aquella cantidad. Y aunque parecia mui urgente la sospecha del fraude, pesó mas, en el concepto de Roberto, la notoria integridad del Comissario, ibi: *Existimaverim tamen, Mevij notam integritatem (qu pe in eum vix cadebat ulla taciti fideicommissi suspicio) præcipuam huic Senatusconsulto causam dedisse.*

26. De aqui se sigue no merecer aprecio la sospecha, que quiere tomarse de haver sido llamados al Vinculo los sobrinos del Don Gaspar, hijos de su hermano Don Diego de Castro, de quien es pariente por afinidad Don Geronymo de Aguilar, actual marido de Doña Maria Laura; porque ya vimos desvanecida, aun mas fuerte sospecha, que era la que oponian aquellos hijos, con la qualidad de la buena opinion, è integridad del Comissario. Si bien, que no consta, que estuviesse ya casada quando otorgò el Testamento en virtud del Poder; y si con estas cavilaciones, fundadas en el

 pro-

proprio antojo, se huviera de invalidar un acto tan solemne, y tan de justicia, y conciencia, como es la de executar la ultima voluntad, cumpliendo con el cargo comunicado, darian por tierra infinitas comunicaciones.

27. Se esfuerza esto mas con haver justificado en su probanza Doña Maria Laura, que tenia igual estimacion, que la q̃ tuvo su marido, à la Doña Maria Nicolasa: con que siendo esta tan grande, como ha confessado el Don Eusebio, y era regular, haviendola criado, no es presumible, que la havia de querer perjudicar, sino se le huviera comunicado. Ni se dirà bien en decir, que la Comissaria tenia interese en lo mismo, que declaraba; pues no se sabe en què consista este interese, quando resulta del Poder para testar, que el Vinculo no havia de comenzar â tener efecto hasta despues del fallecimiento de la susodicha, pues quedaba por usufructuaria de todos aquellos bienes aplicados al Vinculo; y esta reflexa ya la hizo el primero testigo de la probanza de la Comissaria en la tercera pregunta, diciendo: *Y mas quando la disposicion del Don Gaspar en orden á su caudal, decia respecto á el tiempo de haver faltado su viuda, por lo que ni aun tenia esta razon de interes, que la llevara.*

28. Admira, que se aya tratado de decir, que la Comissaria ha estado varia en sus declaraciones, esto es, en la hecha en el Testamento, y en la que hizo en los Autos; pues resulta tan al contrario, que no podrá darse mayor uniformidad. En la hecha en los Autos dixo, que su marido le comunicó, que segun se portasse despues de su muerte (hablando del casamiento con Don Eusebio) la Doña Maria Nicolasa, la llamara, ó no, à la succesion del Vinculo, y con arreglo á esto no la llamò en el Testamento, porque ya le havia casado; con que adonde està la variedad?

§. III.

29. OTro fundamento para persuadir lo verosimil de la declaracion del Comissario se toma de lo que el Testador viviendo, manifestó á algunos amigos acer-

acerca de su voluntad. Es expresso del Card. de Luca, *de fidei-com. in summa, num.* 195. Ibi: *Sive ante dispositionem aliis amicis ejus voluntatem, licet non in forma disponendi, patefaceret*; y esto tambien lo hallamos aqui verificado.

30. En la Probanza de Doña Maria Laura depuso el primer testigo Don Melchor de los Reyes, amigo, y compañero del D. Gaspar, por ser ambos Procuradores del Tribunal Eclesiastico, que de orden de un sugeto de circunstancias le propuso el casamiento para su sobrina: que el D. Gaspar admitiò gustoso la especie, y dixo, que se la propondria à la susodicha: que passados algunos dias, le dixo al testigo, que su sobrina decia, que no pensaba en casarse, y que esto lo expresó *con mucho enfado, y bochorno*, añadiendo, *que se conocia, que esto provenia de estár engreida con el D. Eusebio, lo que sentia infinito, y que como tal llegasse á hacer, no le dexaria, ni daria cosa alguna, y la pondria en la calle á ella, y su Madre*; y que aun se explicó diciendo, *que si assi fuesse, un Demonio le daria.*

31. El tercero testigo, que fué un Religioso Presbytero, tambien dixo, que el D. Gaspar luego que llegó á comprehender por algunos recelos el engreimiento de su sobrina con D. Eusebio, se indispuso de tal suerte, que la Doña Maria Laura le pidió, que quando hablasse con su Marido, no le tocasse en tal assumpto, porque estaba entendida, que si tal casamiento executaba su sobrina, ó se volveria loco, ò le costaria la vida. Y que en otra ocasion, que despues le tocò al D. Gaspar sobre la materia, le respondió: *Padre, no me toque Vmd. en esso, porque si tal cosa hace, y me dà esse quebranto, me costará la vida.*

32. Y el quarto testigo, que fué otro Religioso, Confessor del D. Gaspar, dice, que haviendolo encontrado un dia enfrente de la Santa Iglesia, y viendolo desazonado, le preguntò si estaba malo, ò què tenia? Y entonces le contó lo que havia llegado à comprehender del engreimiento de su sobrina para casarse con el D. Eusebio; *y que si tal cosa hiciera, le costaria la vida la pesadumbre, y no le daria, ni le dexaria cosa alguna, y la pondria immediatamente en la calle.* Con que á vista de tales expresiones del D. Gaspar, quien podrà dudar de la certeza de la comunicacion tan conforme á ellas? Para du-

dar,

dar, ó negar esto, ès menester taparle los ojos à la razon.

33. Ni se diga, que no prueban estos testigos, por ser singulares, como que cada uno depone de acto diferente; porque siempre que los actos, ò circunstancias de que depongan los testigos, conspiran à un mismo fin, y à persuadir alguna cosa en general, hacen plena prueba, aunque digan de diferentes actos: y assi para probar in genere la possession, ò que uno es ladron, usurero, ò incontinente, basta con que los testigos depongan de varios hechos; esto es, cada uno del suyo. Gutierr. *pract. lib.* 3. *q.* 12. *num.* 8. *y* 19. Gomez 3. *var. cap.* 12. *num.* 12. *& in leg.* 45. Taur. *num.* 193. *in fine*. Fontanel. *de pactis, claus.* 5. *Glos.* 5. *p.* 1. *à num.* 58. el que explica con gran claridad el assumpto: con que tratandose de probar in genere el desagrado, y pesadumbre del Don Gaspar con tal casamiento, y el animo en que estaba de no darle cosa alguna à su sobrina, si tal hiciera, esto se prueba mui bien con testigos de diferentes actos, que conspiran à un mismo fin.

34. No se desvanece lo expuesto con la probanza hecha por D. Eusebio, en orden à que el D. Gaspar estimaba mucho à su sobrina: que le daba el tratamiento de hija: que siempre se esmeraba en complacerla: que tuvo deseo de dexarla acomodada, y que aun dixo, que para ella havia de fundar un Vinculo; porque todo esto durò mientras no llegó à comprehender el intento de quererse su sobrina casar tan contra su gusto; y assi es mui facil la concordia de los testigos de ambas probanzas, pues los de D. Eusebio hablan del tiempo; pero los de Doña Maria Laura del segundo.

35. El amor, ò cariño del Padre respecto del Hijo, es sobre todos los cariños, y à esto aludió el Poeta, quando dixo:

Omnis in Ascanio chari stat cura parentis.

y sin embargo de esto, y de serle debida la legima, puede enfriar, ó destruir aquel amor alguna injuria grave de las que propone la ley, que el hijo cometa contra el Padre, y llegan à privarlo de la legitima por el medio de la exheredacion. Pues como assi? Y todo aquel cariño en qué paro? En que parò. La injuria, y el agravio resfriaron la voluntad, y extinguieron todo lo passado.

36. Pues si esto puede suceder en personas tan llegadas,

què

qué mucho ſerà, que aquel cariño de D. Gaſpar à ſu ſobrina, quando eſta le era obediente, y no le daba en que ſentir, ſe llegara à mudar, con la novedad del peſar tan intenſo, que le causò la eſpecie del caſamiento? No vemos cada dia otra coſa, ſino que por caſarſe el hijo, ò la hija à diſguſto de ſu Padre, ſe niega eſte à ſu comunicacion, la echa de caſa, ſe aparta de ſu viſta, le niega los alimentos, y aun la ropa de ſu uſo, ſiendo muchas veces preciſo para eſto ultimo, recurrir à la authoridad judicial: con que no puede cauſar diſonancia, que aquellas primeras intenciones del Don Gaſpar ſe llegaſſen à mudar, à viſta del peſar tan terrible, que ſu ſobrina queria darle; mayormente quando, lo que quiſiera dexarle, no era por obligacion, ſino por mera gracia.

37. Deſpues de los paſſages, que refieren los teſtigos de Doña Maria Laura, continuó el Don Gaſpar tratando con afabilidad á ſu ſobrina; pero por què fué eſto? Ya lo dicen los teſtigos tercero, y quarto, porque llegó á creer, ſegun ſe lo aſſeguró ſu hermana, que ya aquello ſe havia acabado, y ſe havia ſeparado ſu ſobrina de aquel engreimiento; pero quedandoſe (ó por conocer la inconſtancia del ſexo, ó por motivos que ſobreviniesſen) el recelo de que aquellas fueſſen treguas, y no paces, le hizo à ſu Muger la comunicacion, que tiene declarada.

38. Mas: dice el octavo teſtigo de la probanza de Don Euſebio, que le dixo D. Gaſpar, que tenia una ſobrina, para la qual era quanto adquiria, y que para ella havia de ſer todo. Y el decimo tambien dixo, que era tanto el cariño del Don Gaſpar, que ſiempre ſe tuvo por coſa cierta, que la havia de dexar por ſu heredera. Suponiendo, que eſto habla del primer tiempo; ahora la reflexion: Pues como no la inſtituyò por heredera? Siendo eſta una coſa, que no ſe puede atribuir à la Commiſſaria, porque es de las que el Teſtador debe expreſſar. Porque ya havia mudado de voluntad. Y aunque tambien probò D. Euſebio, que à ſu Padre D. Phelipe le tuvo mucho cariño D. Gaſpar, á el que aſsiſtió de oficial muchos años, y aun deſpues le encargaba ſus negocios: lo que eſto prueba es, que lo queria para amigo, pero no para pariente.

D §. IV.

§. IV.

39. Acaba de convencer el intento otra prueba la mas sobresaliente, que puede darse, que es la de las repetidas confessiones de palabra, y por escrito de la misma Doña Maria Nicolasa; pues segun derecho, *nulla major probatio, quam proprij oris confessio.*

40. Tiene la susodicha confessado al segundo capitulo de su declaracion, que en el tiempo que aun vivia Don Gaspar, le dixo Doña Maria Laura, que si se casaba con el Don Eusebio, ni ella, ni su Marido le darian cosa alguna, ni la comunicarian; y añade, *que la declarante comenzó en aquella ocasion á ofrecer á su Tio Don Diego, y demás que estaban presentes, que no se casaria con el referido D. Eusebio.*

41. Declara al cap. tercero, que sin embargo de esto, continuô su correspondencia por papeles con el D. Eusebio, y que vió, q̃ sus Tios despidieron del servicio de su casa à unas sirvientes; *y conoció la declarante, que esta providencia havia sido, porque las referidas ayudaban á la declarante à la citada correspondencia con el expressado su Marido.* Y añade: *que es cierto assimismo, que la Madre, y Tia de la declarante la reprehendieron en varias ocasiones sobre el assumpto referido; y es verdad, que le expresó su Tia, que del citado su Tio Don Gaspar no tenia que esperar cosa alguna, si permanecia en su intento.*

42. Declara al cap. quarto, que mientras vivió su Tio, no le oyò decir à este, ni à su Muger, que quisiessen fundar Vinculo, ni llamar á la susodicha; y añade; *pero estaba cierta, en que permaneciendo en el animo, y casandose efectivamente con el referido D. Eusebio, sus Tios nada le darian, ni por Vinculo, ni sin esta qualidad; mediante lo qual manifestó la declarante á su Tia Doña Maria Laura, que como no tenia pego á los intereses, no por esso dexó de casarse con el referido su Marido.* Y concluye, *porque siempre estuvo en la inteligencia, que casandose con el citado Don Eusebio, no tenia que esperar de su Tio.*

43. Muerto ya Don Gaspar, solicitò D. Eusebio contraher el Matrimonio, y para ello se hicieron Autos ante el Juez Eclesiastico, de cuya orden se puso en deposito à la Doña Maria Nicolasa en el Beaterio de la Santissima Trinidad,

desde

desde donde escribiò una esquela à su Procurador, en la que despues de decir, que havia determinado seguir el Pleyto, y que le dixera si podia pedir la remosion del deposito, le expressa; *en quanto á lo que yo he de alegar en mi defensa, me parecia á mi, salvo su parecer de Vmd. que fuera decir, que yo no determinaba casarme, por quedar desheredada, porque este es motivo, que en conciencia se puede poner.*

44. Desde el mismo deposito le escribiò otra esquela à su Tia Doña Maria Laura, y entre otras cosas le dixo, que havia consultado el caso con Don Francisco Baquero (Cura del Sagrario de la Santa Iglesia) y dice: *Despues me dixo, que me embiaria la respuesta por escrito, y me mandó á decir, que una vez que quedaba desheredada, no tenia obligacion á casarme.* Y concluye: *Yo que en mi interior sé, que no lo hago por lo que pierdo, sino por disgusto de Vmds. yo no sé en lo que parará esto.*

45. Tambien está en los Autos la consulta, y respuesta de Don Francisco Baquero, quien resolviò, que haviendo Doña Maria Nicolasa dependido por el casamiento la succession del Vinculo, no estaba obligada à cumplir los esponsales contraidos con Don Eusebio. Assegurada con esto en conciencia la susodicha, comenzó con efecto á defenderse ante el Juez Eclesiastico, y por testimonio que se ha puesto consta, que el Don Eusebio puso formal demanda sobre el cumplimiento de los esponsales, la que se contestò por la Doña Maria Nicolasa, y presentando esta el Poder para testar de su Tio, alegó assi: *Tiene mi Parte entendida con bastante fundamento, que la comunicacion fue dirigida á que casandose mi Parte á disgusto de su Madre, y Tios, no se le llamasse para la succession del Vinculo, sino á otros parientes, que ay del Don Gaspar: con que en substancia venimos á parar á que de contraer este matrimonio (de que ya el Don Gaspar tenia algunos recelos, y por esto hizo su disposicion en la forma referida) quedaria mi Parte excluida del Vinculo, y por consiguiente los hijos, que pudiera tener, y totalmente sin renta, ni caudal alguno, ni con esperanza de que su Tia la quiera tampoco llamar en la fundacion, que ha de hacer, como Confundadora.*

46. Bastante campo tenia con esto en conciencia, y en justi-

justicia la Doña Maria Nicolasa para su defensa; pero luego desamparandola, y sin acabar de seguir el juicio, y sin haver sentencia, sino á mui poco tiempo despues de haver hecho aquella alegacion, se allanò voluntariamente á casarse, y con efecto se casó con Don Eusebio.

47. Nos havemos detenido en estos hechos, porque de ellos resultan varios convencimientos, y se le dice á Doña Maria Nicolasa *ex ore tuo te judico.* El primero consiste en que no se podrà disputar lo verosimil de la declaracion de la Commissaria, pues la misma Doña Maria Nicolasa confiessa, que sabia, y le constabá la certeza de lo que declarò su Tia, y que el animo de sus Tios era no darle cosa alguna, si contraxera aquel matrimonio: con que si esto lo sabia, y estaba de ello instruida, como quiere ahora hacerlo inverosimil, y arguir excesso en la Commissaria?

48. El segundo: que de nadie puede quexarse, sino dè sì misma, pues sabiendo, que quedaba excluida por la contravencion à la condicion, contrayendo aquel matrimonio, y sin embargo de haver fundado en esto su defensa (que era tan legal) sin haver llegado el caso de obligarla, se determinò à casarse: con que si quiso quedar expuesta á las resultas, por qué ahora extraña su execucion?

49. Tal vez se nos podrà oponer, que la noticia que tuvo de esto la Doña Maria, y toda la expresion de sus confessiones, no puede perjudicarla, assi porque quando lo supo no estaba estendido el Testamento, como porque no se le hizo saber de forma, que debiera tenerlo por cierto, y que assi no contravino con dolo, sino con ignorancia, para lo qual se podrá citar á Fontanel. de pact. claus. 6. gloss. 3. p. 5. à num. 68. pero nada de esto puede desvanecer lo que queda discurrido.

50. Lo primero, porque aunque no estaba estendido el Testamento, ya antes estaba hecha la comunicacion, y por ello se le pudo decir con certeza, y llegar à comprehender con la misma la Doña Maria (mayormente siendo noticiosa de la displicencia, que viviendo su Tio, le havia causado semejante casamiento) que si lo efectuaba, quedaria excluida. Esto lo havia propalado en su vida el Don Gaspar, como depu-

depusieron los testigos ; con què si el casamiento se huviera hecho en su vida , era consiguiente , que no huviera llamado à su sobrina ; y assi se debe creer , que lo mismo encargó â su Commissaria. Text. in leg. *Cum servus, ff. de condit. & demonstr.* Ibi : *Nam quod ipse vivus facturus erat , ab hæredibus suis fieri jussisse intelligitur.* D. Castill. lib. 2. cap. 26. num. 24. D. Roxas Almanz. *dict. q. 2. num.* 83. Ibi : *Certa mihi regula juris est asserens , quod illud , quod Testator vivus fecit , creditur, & crederet debemus; voluisse, quod eodem, & simili modó á Commissario suo , vel hærede fiat.*

51. Lo segundo , porque el caso de que trata Fontanela es diversissimo del nuestro , no solo por lo que alli huvo, sino por lo que no huvo. No huvo alli comunicacion en la forma de que aqui se trata. Huvo solo explicar el Testador su voluntad en el Testamento con palabras generales ; de que una no casara sin el consentimiento de su Madre , y luego querer probar con testigos , que la voluntad del Testador fué , que no casara con tal determinada persona , lo qual era limitar , mudar , ó infringir la disposicion solemne del instrumento , por lo que dice el Author : *Non video quomodo cum depositionibus trium , vel quatuor testium posit prætendi infringi debere dictam solemnem Testatoris voluntatem.*

52. Lo tercero , porque aunque preguntando el citado Fontanel. qual noticia , ó ciencia se requeria en la hija acerca de la disposicion de su Padre , para incurrir por la contravencion en la pena de la privacion , diga , que consultado sobre el caso , fuè de dictamen , que para incurrir en la pena era menester , que le constara , por haversele leido , y manifestado el instrumento , sin que bastasse , que la Madre, ù otro se lo dixeran ; sin embargo confiessa , que el Senado no determinó por tan particular opinion , sino que bastaba qualquiera noticia , que la hija tuviera , para incurrir en la pena de la privacion. *Sic num.* 68. Ibi : *In qua tandem Senatus habuit pro constanti, & resolvit, sufficientem fuisse quandam scientiam , & notitiam , quam quidem testes , fere omnes singulares, dicebant , habitam fuisse á Matre , cui commissum fuerat , ut licentiam nubendi concederet, & ab aliis, inter quos hæc dicebantur.* Y mas se ha de estar à la decision de un Tribunal, que à la opinion de un Author particular.

E 53. Lo

53. Lo quarto, porquè allì tal vez podia ser sospechosa la noticia, sin manifestar el Testamento, en que estaba la prohibicion, porque aquel instrumento ya lo havia, y era mui facil manifestarlo; pero aqui fuè tanta la apresuracion del Matrimonio de la Doña Maria, que no aguardò à que se extendiera el Testamento; y lo que pudo manifestarsele fuè el Poder para testar, el que no solo se le manifestò, sino que ella misma lo saliò presentando en el Pleyto Eclesiastico, y alegando la inteligencia en que se hallaba, de que la comunicacion havia sido, que si se casara à disgusto de su Madre, y Tios, no se le llamasse á la succelsion del Vinculo.

54. Quiso Don Eusebio darle solucion à este hecho, y se reduxo à alegar à la vuelta del fol. 353. Ram. 1. en esta forma: *En quanto al Pedimento que cita, dado ante el Juez de la Santa Iglesia á nombre de la susodicha, esto fué disposicion de Don Diego de Castro, que era quien agenciaba la defensa.* Pero contra esto ay mucho que reponer: Lo primero, que esta es una mera alegacion, sin que tenga prueba. Lo segundo, que el Pedimento dixo substancialmente lo mismo, que despues declarò en estos Autos Doña Maria Nicolasa estando ya casada.

55. Lo tercero, que aquèl Pedimento, presentando el Poder, y alegando lo expressado, lo hice yo, como Abogado, que era entonces de la Doña Maria Nicolasa, y (si merezco, que se me dé credito) puedo afirmar, que haviendo sido llamado de la susodicha desde el Beaterio, donde estaba depositada, passé à él (haviendo precedido licencia del Juez Eclesiastico para hablarla, lo qual estaba negado à otros) y se estuvo confiriendo la materia, sin que concurriesse Don Diego de Castro, y de orden de la misma Doña Maria, y de su consentimiento se hizo aquella Alegacion.

56. Y lo quarto, que esta especie de hacer Autor de todo á Don Diego de Castro, no consiste mas, que en discurrirlo assi, por ser los llamados sus hijos; pero desvanece este concepto la misma Alegacion de Don Eusebio, copiada al num. 54. de forma, que segun ella, Don Diego de Castro fue el que dispuso, que su sobrina siguiera, ò comenzàra à se-

guir el Pleyto, negandose à contraer el matrimonio, y alegando el perjuicio, que se le seguia de no ser llamada al Vinculo: Luego el Don Diego mas queria el bien de la susodicha, que aun el de sus hijos; pues si quisiera, que no los prefiriesse la Doña Maria, no solo no la ayudâra en la defensa de aquel Pleyto, ni abrigaria su resistencia al casamiento; sino que la animaria á lo contrario, para que se quedasse sin Vinculo, y entrassen desde luego sus hijos.

57. Finalmente la declaracion de la Commissaria, para deber ser creida no necessitaba de abrigarse con verosimilitudes, y congeturas; porque esto solo se requiere, quando es declaracion sin juramento, pero quando se hace con èl, y por persona honesta, se le debe creer por sola su declaracion. D. Castill. lib. 5. cap. 182. num. 7. y mas quando fue Confundadora, y trató, y confirió con su marido sobre el modo, y forma de la fundacion. Y en este caso no entra la prohivicion, que ay para no admitir voluntades captatorias, ni que se confiera la voluntad en arbitrio de otro, de quo ipse D. Castill. lib. 2. cap. 6. porque el caso de declarar la voluntad comunicada, es tan diferente, que en nada conviene con los precedentes, y por esso no està prohivido, como lo explica Luca de fideicom. disc. 183.

58. Pues ahora à vista de todo esto, havrá valor para decir, que Doña Maria Laura procedió con tan poca conciencia, que defraudando la voluntad de su marido, le faltó à la confianza, y fidelidad? Se podrà persuadir con fundamento, que trató de engañar à su sobrina, fingiendole una exclusion, que no havia, para con este terror apartarla del casamiento? Era menester, que fuera una muger mui olvidada de su salvacion, lo que no corresponde à la arreglada vida, que tiene probada. Dudó nunca Doña Maria Nicolasa de la verdad de las expressiones de su Tia? No ha declarado tal cosa, y lo contrario se infiere de lo expuesto desde el n. 40. hasta el 45. inclusive.

59. Y en conclusion, si tenia alguna duda (que tal no ha dicho en los Autos) de que pudiesse ser cierta, ò no su exclusion, aguardàra à que se otorgàra el Testamento, pues lo mismo era casarse seis meses antes, ò despues. La extension

del

del Testamento se detuvo poco menos de un año, assi porque en el Poder para testar le quedó facultad al supervivente para otorgarlo aunque passara el termino de la ley; como porque fue preciso liquidar antes varias quentas de negocios pendientes de los muchos que tuvo Don Gaspar para venir en conocimiento del estado del caudal, como se expressa en el mismo Testamento.

60. Ni en este, ni en el Poder està llamada à la succession del Vinculo Doña Maria Nicolasa; pues por donde se le ha de tener por llamada? Si se quiere fundar en la declaracion de la Commissaria, en que dixo, que su marido le comunicó, que la llamara; tambien añadiò immediatamente la condicion, que havia de contener, y la exclusion en caso de contravencion: y no se sabe por donde tenga facultad la Doña Maria para creer esta declaracion en parte, y en parte, no tratando de hacerla divisible, quando contuvo qualidad individua, é inseparable, como provenida del mismo acto de la comunicacion, y no de acto posterior, ad tradita per D. Vela dissert. 24. à num. 37.

61. Si se funda en que el Don Gaspar viviendo, dixo, que havia de fundar el Vinculo para su sobrina, esto de nada sirve, assi por lo que resulta de la probanza de Doña Maria Laura, como porque en las ultimas voluntades no se ha de mirar à lo que alguna vez se quiso disponer, sino á lo que con efecto se dispuso, porque son *de ambulatorias usque ad mortem*, y por esto dixo Luca de Testam. disc. 13. num. 18. *Decisio pendet ex singulorum casuum individuis circunstantiis, prudenti, beneque regulato arbitrio ponderandis ad efectum inspiciendi, an vere testator devenerit ad actum testandi, ejusque voluntas redacta sit ad terminum, vel adhuc esset in via, atque in terminis velleitatis, & praeparationis.* Et disc. 15. num. 3. ibi: *Dummodo probatio naturalis concludat perfectionem voluntatis deductae ad terminum, seu actum testandi, cum frequenter concurrat quaedam concludens probatio voluntatis morientis, quae tamen adhuc ambulet, atque sit in via, non autem in termino*; mayormente quando la voluntad del Testador por causa superveniente puede mudarse. D. Castill. lib. 4. cap. 59. à n. 1. con que no tiene en que fundar la Doña Maria Nicolasa su

llama-

llamamiento absoluto, y reducido à perfeccion por la disposicion testamentaria, para poder en su virtud succeder en el Vinculo.

PVNTO II.

SOBRE SI LO QUE DISPUSO DON GASPAR de Castro tuvo facultad de disponerlo.

62. PARA la subsistencia de qualquier acto, no solo se requiere la voluntad, sino la potestad, y assi ambos requisitos son necessarios en el Testamento. D. Castill. lib. 2. cap. 26. num. 4. Segun esto, poco, ò nada haviamos adelantado con manifestar qual fue la ultima disposicion del Don Gaspar, sino probamos, que tuvo facultad para hacerla; esto es, que no contuvo oposicion à derecho, porque *id possumus, quod jure possumus*. Pero tan clara es en este punto la defensa de Doña Maria Laura, como en el antecedente.

63. Ha sido question mui controvertida, si en la fundacion de Mayorazgo, Legado, ù otra disposicion à favor de alguno, se le podrà poner la condicion, *si se casare con consentimiento, y voluntad de su Padre, Madre, ò Tutor*, y si contraviniendo à ella, pierda el Legado, ò Mayorazgo? Muchos se inclinan à que es condicion reprobada, y opuesta à la libertad del matrimonio, inter quos D. Castill. lib. 5. cap. 126. D. Molina lib. 2. cap. 13. num. 35. Pero ay otros muchos, que defienden, que es licita, y honesta la dicha condicion, y no impeditiva de la libertad, inter quos Mieres de Major. part. 1. q. 50. Card. de Luca de Testam. disc. 73. à n. 33. donde haciendose cargo de la contraria opinion, y de tener muchos sequaces, dice assi: *Attamen id non satisfacit, quoniam licet auctoritates terreant, attamen ratio non stringit ad ita simpliciter firmandam nullitatem talis conditionis.*

64. Y tomando entre manos la potissima razon sobre impedirse la libertad del matrimonio, dice, que no alcanza por donde esto sea assi, quando todos confiessan, que se pue-

de dexar Legado, ò Mayorazgo à la muger, con tal, que se case con determinada persona, y que por no hacerlo, lo pierda, sin que aqui contemplen ofendida la libertad del matrimonio. Mejor lo dirán sus palabras: *Non videtur enim subesse congrua ratio, quæ suadeat diversitatem, & cur licitum esse debeat disponenti, absque præjuditio libertatis matrimonij, allicere puellam sub spe lucri ad contrahendum matrimonium cum certa, & determinata persona, vel in certo loco, & tempore, & non debeat esse licitum ad ita alliciendum cum isto certo modo, dum æque viget ratio dictæ libertatis in casibus præcedentibus ut in isto.*

65. Cita luego en favor de su opinion, y de lo valido de la condicion, varias decisiones de la Rota, y dice: *Istamque opinionem ex Marta, & Palenz. probabiliorem putat Bosius, eaque consulendo, & judicando tenenda videtur.* No juzgo necessario detenerme mas en esto, porque en realidad no es esta la question del dia; porque la voluntad comunicada contuvo una condicion general para todos los que havian de ser llamados, y otra especial para Doña Maria Nicolasa. La general fue el casarse á gusto, y con aprobacion del supervivente, ó de los Padres, ó Tutor del posseedor. La especial fue, que la susodicha no se havia de casar con el D. Eusebio, y que si lo hiciera, quedára excluida del Vinculo.

66. No se ha fundado la defensa de este Pleyto en la condicion general; esto es, en que Doña Maria Nicolasa no hizo el casamiento precisamente á gusto, y con aprobacion de la Commissaria, y por esto se dixo, que la disputa de los Autores, que hablan de la dicha condicion general, no era del dia. Se ha fundado solo en la especial prohivicion respectiva, y determinada al Don Eusebio, y en estos terminos es corriente en derecho, y recebido comunmente por todos los Doctores, que tal condicion, ò tal precepto es valido, y debe observarse, y que de lo contrario se incurre en la privacion. Si Doña Maria Nicolasa queriendose casar con otro, que no fuera el Don Eusebio, lo hiciera sin el beneplacito de Doña Maria Laura, entonces entraba la question sobre lo valido de aquel requisito; peró casandose, como se casó con Don Eusebio, es tan clara la exclusion, que se puede decir indisputable.

67. Es

67. Es caso decidido en el texto literal, y expresso *in leg. cum ita 63. ff. de condit. & demonst.* Ibi: *Cum ita legatum sit, si Filio non nupserit, vel ita, si neque Filio, neque Seio, neque Mævio nupserit, & denique si plures personę comprehensæ fuerint, magis placuit, cuilibet eorum si nupserit, amisuram legatum; nec videri tali conditione viduitatem injunctam, cum alii cuilibet satis commode posit nubere.* Siguen, y defienden inconcusamente esto mismo Gomez, *1. var. cap. 12. num. 78.* Fontanel. *de pactis, claus. 6. Glos. 3. p. 5. num. 56.* Ibi: *Sed quid, si dictum fuisset per Testatorem, se nolle, quod filia nuberet cum certa persona, quam nominaret? Tunc non est dubium, quod talis particularis prohibitio valeret, & sustineretur sine dificultate, de quo sunt jura expressa in leg. hoc modo 68. cum leg. præcedenti, & leg. hoc genus 105. ff. de condit. & demonstr. & est ratio, quia non impedit libertatem Matrimonii quod ad alias.* D. Molina, lib. 2. cap. 13. num. 28. donde expressa, que: *id apud omnes scribentes compertissimum est, adeo ut nulla quo ad hoc superesse posit dubitandi ocasio*, & ibi Addentes. Alter Molin. de just. tract. 2. disp. 614.

68. Siguen lo mismo D. Castill. lib. 4. cap. 15. à num. 19. y de aqui infiere al num. 24. *Sicque successorem Majoratus prohibitum cum aliqua contrahere, teneri adimplere, alias successione privari.* D. Covarr. de Matrim. p. 2. cap. 3. §. 3. num. 6. Azeved. Cons. 4. à num. 4. Gutierr. Cons. 18. & de Matrim. cap. 21. Sanchez de Matrim. lib. 1. disp. 34. num. 39. Card. de Luca dict. disc. 73. de Testam. & de Matrim. disc. 14. y otros muchos, que estos citan. Y aun hacen mencion D. Molin. & D. Castill. del exemplar que tenemos en las Sagradas Letras in Genes. cap. 28. en que se dice, que Isaac le mandó à su hijo Jacob, que no se casara con muger *de genere Canaam.* Siendo tan incontrovertible esta doctrina, que la siguen aun los mismos Authores, que fueron de opinion contraria en el caso de la condicion general de haverse de casar à gusto, y consentimiento de otro.

69. Para que esto quede mas afianzado, es menester remover dos escrupulos, que pudieran causar dificultad. El uno, el parecer que con esto se restringe la libertad del Matrimonio. Y el otro, el de haver de incurrir en pena, la qual

en

en el Matrimonio, y en los esponsales no se permite; pero uno, y otro reparo lo dissuelven los citados Autores.

70. En quanto al primero de la libertad del Matrimonio convienen todos, en que en tanto se opusiera à ella, y fuera torpe la condicion, en quanto absolutamente se prohibiera el Matrimonio; pero exceptuandose persona, ò personas determinadas, quedan otras muchissimas con quienes poder contraherlo, como lo dice el Texto citado supra num. 67. Card. de Luca de Matrim. dict. disc. 14. donde al num. 8. hace esta reflexion mui oportuna: el que puede hacer lo mas, puede hacer lo menos: con que si el Testador pudo no concederle, ó no dexarle à la muger el legado, ó el Mayorazgo, que es lo mas, tambien pudo qualificarlo con alguna qualidad discreta, que es lo menos.

71. Para mayor convencimiento de esto, pongamos la qualidad afirmativa; esto es, dexar legado, ò Mayorazgo à Doña Maria, con la condicion, de que aya de casar con cierta, y determinada persona, ò con persona de tal familia. Este caso es mas estrecho que el nuestro, porque ya se ha dicho, que puesta la condicion negativa, ó prohibitiva para con una persona, queda la libertad para con otras; pero obligando á casar con tal determinada persona, se coarta la libertad para con otras; pero sin embargo confiessan unanimes los Authores, que tal condicion es licita, y honesta, y que no observandola, se pierde el legado, ó Mayorazgo. Luca, dict. disc. 73. de Testam. Sanchez de Matrim. lib. 1. disp. 33. à num. 7. D. Castill. dict. cap. 25. num. 19. y dà la razon, *quia ex hoc non censetur adempta facultas contrahendi, licet ex parte restringatur*, y de aqui infiere para el caso de prohibirse el Matrimonio con cierta persona: *Sicque successorem Majoratus prohibitum cum aliqua contrahere, teneri adimplere, alias successione privari.*

72. Comprueba esto mismo la Ley del Reyno 22. tit. 9. part. 6. Ibi: *E esto seria, como si el Testador dixesse assi: Mando á fulano mil maravedis si casare con tal muger: casi aquel á quien fue fecha la manda, no quisiere facer el casamiento con aquella muger, decimos, que non valdria la manda.* Por todo lo qual causa admiracion la absoluta seguridad con que se ha

dicho por D. Eusebio, que la condicion que se le puso à su Muger, fué torpe, y reprobada; pues si esto lo dice por la primera condicion general, ya vimos que es la materia disputable. Y si lo dice por la segunda especial (que es el caso en que estamos) procede contra textos expressos, y contra todo el torrente, y unanime sentir de los Doctores.

73. En quanto al segundo particular de considerar como pena la privacion del Mayorazgo por la contravencion à la condicion, es constante, que en los Matrimonios, y esponsales està prohibido todo lo que sea pena, segun el texto in cap. Gemma de Sponsal., con el qual assi lo afirman comunmente los Authores; si bien, que con otros muchos, y con graves fundamentos defendiò lo contrario Reiffenstuel in tit. de Sponsal. §. 6. á num. 187. Pero no separandonos de la primera opinion, decimos con los Doctores citados, que esta no fuè pena, sino invitacion al lucro. Si à la muger, á quien se le pone semejante condicion, se le quita por su contravencion algo de lo que sea suyo, entonces serà pena; pero si solo se le priva de adquirir lo que voluntariamente se le dexa, esta no es pena, ni por tal puede tenerse.

74. Es esta distinccion recebida por todos, y explicada mui bien por Gutierr. D. Castill. y Sanchez supra citati, y por el Card. de Luca dict. disc. 73. num. 37. ibi: *Ideoque ubi quis hanc Legem rei suæ adjicere voluit, pro illius consequitione, tunc ille, qui non adimplet, sibi imputet; nulla enim fit injuria contravenienti, qui nil de suo amitit, sed quod alienum est non assequitur ob qualitatem á domino præscriptam, quæ in eo desit.* Et num. 21. Ibi: *atendenda est imprimis distinctio, an dispositio sit concepta per viam conditionis, seu alias invitativa ad lucrum, vel potius per modum pœnæ::: recepta est sententia, ut spe lucri posit quis allici ad certum Matrimonium contrahendum, vel respuendum, ideoque conditio sit servanda.* Siendo esto tan cierto, que dice Sanchez ubi supra, que ninguno duda de esta conclusion.

75. Es exemplo oportuno de esta doctrina el que trae D. Olea de ces. til. 2. q. 3. Presupone, que el deudor no puede enagenar sus bienes en perjuicio de sus acreedores; pero pregunta, si podrá dexar de adquirir, repudiando alguna

 he-

herencia, ò legado que se le dexe? Y resuelve, que esto bien puede hacerlo, y en ello no defrauda à los acreedores, porque una cosa es perder de lo suyo, y otra dexar de adquirir, lo que prueba con muchissimos textos, y lo mismo hace D. Castill. lib. 5. cap, 112. à num. 20. con que aunque para el Matrimonio no se pueda poner qualidad por la que la muger tenga la pena de que se le quite lo que por otro titulo sea suyo, bien puede gravarsele con que no adquiera lo que baxo de tal condicion, y no en otra forma se le dexa, para que invitada con este lucro cumpla la condicion, y sino quiere cumplirla, pues no se le obliga absolutamente à ello, pierda el lucro.

76. Pues ahora: D. Gaspar de Castro no tenia obligacion de dexarle cosa alguna à su sobrina. Pudo disponer de su caudal en la forma que le pareciò, como dueño, *quia quilibet est rei suę moderator, & arbiter.* Si quiso que su sobrina fuera llamada, fuè con la condicion de no casar con D. Eusebio. Le hizo la injuria de contravenir â su voluntad; y assi como tuvo libertad para ello, tambien la tuvo el Testador para mandar, que en tal caso no fuera llamada. Ha de ser ella libre para hacer lo que quisiere, y no lo fuè su Tio para disponer de su caudal, y poner los gravamenes que tuvo por convenientes? El heredero, ó legatario debe conformarse con la voluntad del Testador; pero este no ha de estar sujeto à lo que que quisiere el legatario, ò el heredero, mayormente no siendo forzoso: con que ha procedido mui equivocado D. Eusebio en querer, que su Muger succeda contra la voluntad del Testador: y assi concluimos este punto con el Card. de Luca, dict. disc. 73. num. 37. hablando de los que con la sutileza de los discursos, tratan de infringir las ultimas voluntades. Ibi: *Consulentium præsertim subtilitas nil certum in hac facultate reliquit, atque illas sacrosanctas morientum leges, quas etiam gentilitas in casibus non prohibitis rigorose servavit, fere inutiles, ac elusorias redegit.*

PVNTO III.

SOBRE SI ESTANDO EXCLUIDA DOñA MARIA Nicolasa, lo estarà tambien su descendencia.

77. Contraido el matrimonio por Doña Maria Nicolasa, ha tenido succession, por lo qual ha pretendido, que quando ella por la contravencion se contemple excluida, no debe estarlo su hijo; pero tampoco este puede tener entrada, pues excluida la Madre, tambien lo debe estàr la succession de aquel matrimonio, que no quiso el Testador.

78. Toca in terminis el punto Roxas de incomp. p. 3. cap. 1. con el motivo, y exemplar del pecado original, en que incurriò toda la descendencia de Adán (á excepcion de la Purissima Virgen Maria nuestra Señora) aunque solo Adàn fue el que contravino al precepto, y desde el num. 65. propone la especie de si la privacion del Mayorazgo por la contravencion se deba entender personal para solo el que contravino, ò lineal para todos sus hijos, y descendientes?

79. Refiere la distincion comun; esto es, si los hijos han de entrar por la persona excluida por la contravencion, entonces no solo esta, sino todos sus hijos se entienden tambien excluidos; pero si entran por su proprio derecho, entonces entran, aunque no huviesse entrado el Padre, ó la Madre; es assi, que aqui el hijo de Doña Maria Nicolasa no tenia llamamiento alguno para poder entrar por su misma persona, ó por su proprio derecho, sino que su entrada havia de ser por la persona, ò como descendiente de su Madre: luego excluida esta, tambien lo ha de estàr el hijo.

80. Aunque esta distincion dice Roxas, que no es despreciable, passa num. 68. á dár otra regla mas universal, fundada en otra distincion: ò huvo voluntad expressa, ó presumpta del Fundador de que no solo el Padre, que contraviene al precepto, ó condicion, sea excluido del Mayorazgo, sino tambien sus hijos, ò no consta de su voluntad? En este

segun-

segundo caso dice, que la privacion será personal; pero en el primero será real, y comprehenderà à todos los descendientes.

81. Passa luego á ilustrarlo con exemplos, y uno de los que trae num. 72. para que sea la privacion real, es quando el Fundador grava al Succeſſor con que no contraiga matrimonio *cum persona ex generatione, vel familia sibi odiosa*, en cuyo caso no solo el que contravino, sino toda su descendencia incurre en la privacion, como que el hijo trae origen de aquella raiz, ò persona que reprobò el Fundador.

82. Mas claro al num. 77. ibi: *Ampliatur secundo ex solo odio contra Patrem, quia si Pater est odiosas institutori, etiam per solam contraventionem, quando in contemptum institutoris, aut cum ejus injuria non adimplet ejus præceptum, seu conditionem; tunc censetur filius, & omnes à Patre descendentes etiam odiosi, & ideo in exclusione Patris per contraventionem, censetur etiam exclusus ejus filius, ac descendens*: Con que si le fue tan odioso al Don Gaspar aquel matrimonio, como que matrimonio, como queda manifestado, precisamente havia de tener la misma repugnancia con los hijos, que de èl provinieſſen, pues solo con mentarselo al Don Gaspar, se alterò tan notablemente, como dixeron los testigos, de que ya se hablò en el punto primero.

83. Prosigue al num. 80. ibi: *Et tale odium, quod ex injuria, & contemptu nascitur, est tamquam vitium reale in linea, non solum circa Patrem, sed etiam ejus descendentes, unde dicitur, quod descendentes ab odioso, reputantur odiosi.* En lo mismo conviene D. Olea de cess. tit. 3. q. 4. num. 20. D. Crespi de Valdaura, observ. 22. à num. 72. Alvarez Pegas, resol. forens. cap. 4. num. 18. y otros que cita, y sigue Aguila ad Roxas loco citato. Y por esta misma razon dice Roxas num. 73. con la comun de todos los Doctores, que llamados à un Mayorazgo los hijos legitimos, y de legitimo matrimonio con exclusion de los naturales, aunque venga un nieto, ó vizniedo, que sea legitimo, no succederà, si su Padre fue solo natural, porque viene de raiz infecta, y que no pudo succeder. Y aunque en estos casos no se le puede al hijo imputar culpa, responde agudamente D. Crespi, num.

num. 80. ibi: *Et si culpa non transit, saltem defectus pretenditur, quod sufficit, ut ademptio sustineatur.*

84. Esto se comprueba con un argumento â contrario sensu (que es valido, y mui fuerte en el derecho, segun Barbos. in loc. commun, loco 27.) porque si segun dice D. Roxas Almanza, disp. 1. q. 1. §. 1. num. 40. llamada, y predilecta una persona para la succession del Mayorazgo, se entienden llamados, y predilectos sus descendientes, por igualdad de razon, no predilecta, sino excluida por la contravencion, ó por otra causa, una persona, tambien sus descendientes se deben entender excluidos, pues lo que el amor hace en su caso, es regular, que el odio haga en el otro.

85. Ni queda el recurso á la limitacion, que trae el citado Roxas num. 87. que es quando el hijo nace (otros lo extienden al tiempo en que se concibe) antes que el Padre fuera inobediente, y contraviniera à la condicion, en cuyo caso no le comprehende la exclusion, porque como aqui estuvo la contravencion en el mismo hecho de contraer el matrimonio, desde entonces quedó excluida, y con orden de que no fuera llamada Doña Maria Nicolasa: con que haviendo venido el hijo despues del matrimonio, no puede valerse de la limitacion.

86. Ni obstarà, si acaso se opusiere, D. Olea dict. tit. 3. q. 4. num. 24. donde dice, que por equidad admitiria la opinion de los que dicen, que naciendo el hijo del Contraventor, pendiente el Pleyto, y antes de la Sentencia, podria admitirse, porque aqui habla en el caso de que la contravencion fuera despues de estàr el Contraventor en la possession del Mayorazgo, porque se le huviera puesto alguna condicion, que no se requiriesse en el ingresso, sino en el progresso, como es la de llevar el apellido, y tomar el Escudo de Armas del Fundador; ó que se litigaba sobre si havia, ò no contravencion; pero en el caso en que estamos, de que la Doña Maria Nicolasa no tenia llamamiento, ni era posseedora, pues aun la fundacion no estaba extendida, ni publicados los llamamientos, y antes bien haviendo orden de no llamarla, si contraviniera a la condicion, en este caso el mismo D. Olea, num. 22.

dice lo contrario. Ibi: *Quando Testator disposuit, quod in casu contraventionis possessio, & proprietas bonorum transiret in sequentem successorem, vel quod statim Majoratus ad sequentem transferatur, vel quod si possessor conditionibus non pareat, censeatur non vocatus, contraria sententia verior est.*

87. Bien entendido lo tenia esto asi la Doña Maria Nicolasa, pues en el Pedimento, que diò en el Pleyto Eclesiastico alegó para eximirse del cumplimiento de los esponsales, que *quedaria excluida del Vinculo, y por consiguiente los hijos, que pudiera tener*; y no teniendo estos llamamiento alguno, fuera monstruosidad el admitirlos.

Por estos fundamentos (en que ha caminado acelerada la pluma por la angustia del tiempo) espera Doña Maria Laura de Castro, que se confirme en Revista el Auto de Vista de la Sala, en que se confirmó el del Alcalde Don Martin de Ulloa, por el que despreciò la pretension de D. Eusebio Ladron, salva la correccion de tan Superior Senado, *cui omnia libenter subjicimus.* Sevilla, y Abril 18. de 1770.

Licenciado D. Francisco Joseph Mastrucio de Texada.

Està conforme con el hecho, que resulta de los Autos. Sevilla, y Abril 19. de 1770.

Licenciado D. Fernando Saturnino Solano.